

Beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete als bedoeld in artikel 176 van de Pensioenwet aan Stichting GSFS Pensionfund

Datum
27 januari 2017

Kenmerk
[REDACTED]

Gelet op de artikelen 116, 176, 179, 184, 188 tot en met 190 van de Pensioenwet (Pw), gelet op de artikelen 48 tot en met 51a van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling (Besluit uitvoering Pw en Wvb) en gelet op de artikelen 3:2, 3:4, tweede lid, 3:46, 4:87, 5:1 en titel 5.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb),

BESLUIT De Nederlandsche Bank NV (DNB) het volgende:

- A. DNB legt aan Stichting GSFS Pensionfund (het pensioenfonds), gevestigd op het adres Fred. Roeskestraat 97 F te 1076 EC Amsterdam een bestuurlijke boete op als bedoeld in artikel 176 van de Pw. Deze bestuurlijke boete wordt aan het pensioenfonds opgelegd vanwege overtreding van artikel 116 van de Pw in de periode van in ieder geval 30 april 2010 tot en met 31 december 2013.

De bestuurlijke boete bedraagt **EUR 10.000,-**.

Betaling van de bestuurlijke boete dient te geschieden binnen de in artikel 4:87, eerste lid, van de Awb voorgeschreven termijn van zes weken na de inwerkingtreding van dit besluit. De betaling dient te worden gedaan op rekeningnummer [REDACTED] ten name van De Nederlandsche Bank N.V., Westeinde 1 te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer [REDACTED].

- B. DNB gaat op grond van artikel 188 van de Pw over tot het openbaar maken van dit besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan het pensioenfonds. Het besluit zal samen met het in **bijlage 1** opgenomen korte persbericht op de website van DNB openbaar worden gemaakt, nadat ten minste vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop dit besluit aan het pensioenfonds bekend is gemaakt. Eventuele vertrouwelijke gegevens die in het besluit zijn opgenomen, zullen achterwege worden gelaten, conform de tekst in **bijlage 2**. Ook zal een newsalert uitgaan en wordt via Twitter een link naar het persbericht onder de aandacht gebracht. DNB zal hierbij de volgende tekst twitteren: *DNB legt boetes op aan GSFS Pensionfund, GSFS Asset Management en 4 feitelijk leidinggevenden* [Tinyurl].

Aan dit besluit liggen de navolgende overwegingen ten grondslag.

Wettelijk kader

1. Artikel 116 van de Pw
 1. Een pensioenfonds verricht slechts activiteiten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden.
 2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld ter zake van activiteiten die door pensioenfondsen kunnen worden verricht.

Memorie van Toelichting (Kamerstukken II, 2005/06, 30413, nr. 3):
Pensioenfondsen dienen zich te beperken tot het verstrekken van pensioenuitkeringen en tot werkzaamheden die daarmee verband houden. Over deze doelstelling bestaat in brede kring consensus, zo constateerde het

kabinet in zijn brief van 8 september 2004 aan de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2003/04, 28 294, nr. 8). De in dit wetsvoorstel terzake opgenomen bepaling is gelijklopend aan de bepaling die onlangs in de PSW is opgenomen ter implementatie van de EU-richtlijn nr. 2003/41/EG van de Raad van de Europese Unie betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening. De in de wet neergelegde norm is algemeen geformuleerd. Dit betekent dat de norm in de praktijk nadere invulling dient te krijgen. Het rapport van de commissie Staatsen «Het pensioenfonds als taakorganisatie: «Schoenmaker blijf bij je leest»» biedt voldoende aanknopingspunten voor sociale partners om zelf vorm te geven aan dit principe. Het kader dat de commissie Staatsen heeft geschetst ziet er in grote lijnen als volgt uit: pensioenfondsen beperken hun activiteiten tot de zogenaamde kernactiviteiten. In het rapport worden vier kernactiviteiten genoemd:

1. algemene risicobeheersing en fondsbeheer;
2. de administratieve uitvoering van een pensioenregeling;
3. het beleggen en beheren van financiële middelen;
4. de informatieverstopping aan de deelnemers.

In de eerdergenoemde brief van 8 september 2004 kondigde het kabinet aan in 2007 te evalueren of pensioenfondsen hun organisatie zodanig hebben vormgegeven dat er sprake is van een heldere scheiding van verantwoordelijkheden, waarbij het fondsbestuur zich volledig kan concentreren op de beleidsmatige en bestuurlijke leiding van het pensioenfonds, zonder tevens de directe verantwoording te dragen voor het management van nevenactiviteiten. Ten behoeve van deze evaluatie heeft het kabinet een referentiekader opgesteld, dat aangeeft op welke specifieke aspecten zal worden gefocust bij die evaluatie. Dit referentiekader is op 8 juli 2005 naar de Tweede Kamer gezonden (Kamerstukken II, 2004/05, 28 294, nr. 22).

Dit wetsvoorstel biedt de ruimte om - zo nodig - ter uitwerking van het wettelijk verbod op nevenactiviteiten nadere regels te stellen.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

Onderzoek

2. Naar aanleiding van de jaarrekening van het pensioenfonds over het boekjaar 2010, door DNB ontvangen op 27 juni 2011, heeft DNB het pensioenfonds bij brief van 27 februari 2012 verzocht om nadere inlichtingen te verschaffen in relatie tot het gebruik van diverse beleggingsstrategieën gericht op arbitragemogelijkheden, het gebruik van derivaten en een aangegane banklening van ruim EUR 18 miljoen door het pensioenfonds. Het pensioenfonds heeft hierop bij brief van 16 maart 2012 gereageerd. Vervolgens heeft op 3 april 2012 een toezichtgesprek plaatsgevonden tussen DNB en [REDACTED] het pensioenfonds, [REDACTED]. Op 16 oktober 2012 heeft DNB aan het pensioenfonds een voornemen uitgereikt tot uitschrijving uit het register pensioenfondsen als bedoeld in artikel 210 van de Pw. Na het geven van een zienswijze door het pensioenfonds heeft DNB bij besluit van 18 februari 2013 aan het pensioenfonds medegedeeld dat het pensioenfonds geen pensioenfonds is in de zin van artikel 1 en verder van de Pw en geen instelling van bedrijfspensioenvoorziening in de zin van artikel 1 en verder van Richtlijn 2003/41/EG betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen van bedrijfspensioenvoorziening en dat DNB daarom de inschrijving van het pensioenfonds in het op de website van DNB opgenomen register zou doorhalen, respectievelijk het pensioenfonds uit het register zou verwijderen. Tegen dit besluit heeft het pensioenfonds bezwaar gemaakt en

zich tot de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam gewend met het verzoek het besluit van 18 februari 2013 te schorsen. Op [REDACTED] 2013 heeft de voorzieningenrechter het verzoek van het pensioenfonds toegewezen. DNB heeft het besluit van 18 februari 2013 op 25 juli 2013 ingetrokken. Vervolgens heeft DNB op 6 augustus 2013 een voornemen tot het geven van een aanwijzing vanwege overtreding van verschillende bij en krachtens de Pw gestelde regels, waaronder artikel 116 van de Pw, aan het pensioenfonds gestuurd. Na het geven van een zienswijze door het pensioenfonds heeft DNB op 31 oktober 2013 een aanwijzing aan het pensioenfonds gegeven. Het pensioenfonds heeft tegen de aanwijzing bezwaar gemaakt. Bij brief van 3 januari 2014 heeft het pensioenfonds DNB geïnformeerd dat de hierna te noemen Samenwerkingsovereenkomst per 31 december 2013 is opgezegd. Nadat het bezwaar van het pensioenfonds ongegrond is verklaard, heeft het pensioenfonds beroep ingesteld. De rechtbank Rotterdam heeft het beroep van het pensioenfonds op [REDACTED] 2015 ongegrond verklaard. Tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam heeft het pensioenfonds hoger beroep ingesteld, dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) op 15 november 2016 ongegrond heeft verklaard.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

Resultaten onderzoek

3. Uit bij DNB bekende gegevens, het Handelsregister van de Kamer van Koophandel, de openbare registers inzake de Pw bij DNB en door het pensioenfonds verstrekte informatie, is onder meer het volgende gebleken:

- [REDACTED] GSFS Asset Management B.V. (GSFS AM), opgericht op 14 februari 2006.
- Op 9 oktober 2007 is de voorgenomen samenwerking tussen [REDACTED] en GSFS AM aangekondigd. De beleggingsstrategie bestond daarbij uit dividendarbitrage. Deze samenwerking is in maart 2009 beëindigd. [REDACTED]
- GSFS AM heeft op 8 mei 2008 een vergunning van de AFM verkregen als bedoeld in artikel 2:96 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) voor het in Nederland verlenen van beleggingsdiensten als bedoeld in artikel 1:1 van de Wft, onderdeel b en c van de definitie van het verlenen van een beleggingsdienst. De AFM heeft deze vergunning, op verzoek van GSFS AM, op 8 september 2009 ingetrokken.
- Op 18 november 2008 is het pensioenfonds opgericht als pensioenfonds voor de winstafhankelijke bonus van de werknemers van GSFS AM. De basispensioenregeling voor het vaste salaris van de werknemers van GSFS AM is bij een verzekeraar ondergebracht.
- [REDACTED]
- Op 5 december 2008 is tussen het pensioenfonds en GSFS AM een uitvoeringsovereenkomst gesloten [REDACTED].

- Op 8 december 2008 heeft [REDACTED] het pensioenfonds aan DNB de benodigde documenten gestuurd om het pensioenfonds als pensioenfonds te registreren in het register pensioenfonds als bedoeld in artikel 210 van de Pw. Bij brief van 26 januari 2009 heeft DNB erop gewezen dat niet werd voldaan aan de basiseisen voor een pensioenfonds, nl. verplichte deelname en de verplichting van de werkgever een bepaalde bijdrage te leveren. In een toezichtgesprek op 29 januari 2009, zoals bevestigd bij brief van 13 maart 2009, heeft DNB aangegeven dat de ingediende statuten en het pensioenreglement op verschillende punten in strijd waren met de Pw. DNB heeft ten aanzien van voornoemde statuten onder meer opgemerkt dat daarin sprake was van ander (soortgelijke) uitkeringen en dat deze uitkeringen binnen de taakafbakening van artikel 116 van de Pw dienen te blijven. Het pensioenfonds heeft haar op 28 april 2009 aangepaste statuten bij brief van 12 mei 2009 aan DNB toegezonden. Op grond van de aangepaste statuten heeft het pensioenfonds als (naar aanleiding van voornoemde opmerking van DNB aangepaste) doel het uitvoeren van toezeggingen van de werkgever aan de werknemers of gewezen werknemers en hun nagelaten betrekkingen terzake van pensioenen, zoals vastgelegd in het pensioenreglement. Voor enige andere activiteit of doelstelling laten de statuten geen ruimte.
- Het pensioenfonds is eind 2009 gestart met de feitelijke uitvoering van de basispensioenregeling voor de winstafhankelijke bonus over 2008 van de op dat moment negen werknemers van GSFS AM.
- Het vermogensbeheer van het pensioenfonds was vanaf 1 januari 2009 uitbesteed aan GSFS AM [REDACTED].
- Uit de met de brief van het pensioenfonds van 16 maart 2012 meegezonden Verklaringen omtrent Inkomen en Positie volgt dat GSFS AM in de periode tussen 31 maart en 30 april 2010 is gestart met beleggen voor rekening van het pensioenfonds. In het positieoverzicht per 31 maart 2010 staat (nog) "geen posities" vermeld, terwijl het positieoverzicht per 30 april 2010 verschillende instrumenten (waaronder aandelen, futures, opties en price return swaps) vermeldt.
- Het vermogensbeheer over het pensioenvermogen van het pensioenfonds door GSFS AM vond tot 15 april 2011 plaats op basis van de op 5 december 2008 ondertekende en per 1 januari 2009 ingegane Vermogensbeheerovereenkomst. Op 15 april 2011 is de Vermogensbeheerovereenkomst vervangen door de "Profit Share and Cooperation Agreement" (hierna aangeduid als de Samenwerkingsovereenkomst) tussen het pensioenfonds en GSFS AM (het Samenwerkingsverband), die met terugwerkende kracht per 1 januari 2011 van kracht was. [REDACTED]
- Uit de Samenwerkingsovereenkomst blijkt onder meer dat:
 - o het pensioenfonds en GSFS AM zijn overeengekomen "to cooperate through the combined contributions to and performance of certain Approved Activities for and on behalf of the Joint Account."
 - o "Approved Activities" zijn gedefinieerd als "all activities, as described by GSFS AM, either verbally or in writing, from time to time, as approved by both Parties".

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

- de samenwerking wordt aangeduid als de "Joint Account" waarbij "all rights and obligations relating to the Approved Activities shall be assumed in the name of the Pension Fund but for the risk of the Joint Account. All profits and losses resulting from the Approved Activities shall be for the Joint Account".
- het pensioenfonds het kapitaal en de infrastructuur zou inbrengen, inclusief - maar niet uitsluitend - haar middelen op "cleared trading accounts", haar clearing faciliteiten, en financiering en GSFS AM haar expertise en know how met betrekking tot de Approved Activities, de feitelijke implementatie en uitvoering van die Approved Activities.
- Bij de beoordeling van de op 27 juni 2011 door DNB ontvangen jaarrekening 2010 van het pensioenfonds werd DNB duidelijk dat deze afweek van hetgeen gebruikelijk is bij een pensioenfonds dat de omvang van het pensioenfonds heeft en dat een premiepensioenregeling uitvoert. Het balanstotaal bedroeg (ruim) EUR 106 miljoen, terwijl de pensioenverplichtingen EUR 1,2 miljoen bedroegen. De pensioenverplichtingen waren slechts voor een beperkt deel gevormd door ingeleigde pensioenpremies over 2009 en 2010 (respectievelijk EUR 0,35 miljoen en EUR 0,15 miljoen) en voor het overige uit behaald rendement. Binnen een jaar was een rendement van meer dan 100% behaald. Verder bleek onder meer van het bestaan van een banklening van ruim EUR 18 miljoen en omvangrijke posities in aandelen (ruim EUR 103 miljoen) en derivaten (ruim 86 miljoen).
- In onderstaande tabel zijn de belangrijkste gegevens uit de jaarrekeningen 2009 tot en met 2013 opgenomen¹:

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

¹ Bij het balanstotaal over jaar 2010 zijn in overeenstemming met pagina 30 van het jaarverslag (onderdeel 4) de derivaten in minder gebracht (106.800.277 – 1.215.509 (derivaten) = 105.585.

Datum
27 januari 2017

Kenmerk

in miljoenen €	2009	2010	2011	2012	2013
balanstotaal	0,370	105,585	38,351	354,076	11,789
Activa					
Aandelen		103,853	35,400	343,183	0,000
Deposito's			1,946	3,242	2,987
Dividendbelasting		0,655	0,794	5,885	7,188
Overige	0,370	1,077	0,211	1,766	1,614
	0,370	105,585	38,351	354,076	11,789
Passiva					
eigen vermogen	0,017	0,019	0,028	0,034	0,037
Opties		85,661	35,373	343,024	0,000
Banken		18,637	0,653	0,969	
Overige	0,005	0,066	0,351	7,025	8,161
VPV	0,348	1,202	1,946	3,024	3,591
	0,370	105,585	38,351	354,076	11,789
premie	0,348	0,154	0,215	0,152	0,057
bruto resultaat		0,946	1,658	4,815	3,877
Externe kosten		-0,225	-1,083	-3,839	-3,126
rest saldo		-0,021	-0,047	-0,050	-0,241
netto rendement		0,700	0,528	0,926	0,510
Aandelen aanvang jaar			103,853	35,400	343,183
Aandelen gekocht		823,564	1.188,698	2.294,273	2.237,212
Aandelen verkocht		-702,709	-1.141,232	-2.139,263	-2.689,314
Resultaat op aandelen		-17,002	-115,919	152,773	108,919
Per ultimo jaar		103,853	35,400	343,183	0,000
Derivaten aanvang jaar			85,661	35,373	343,024
Derivaten gekocht		180,959	1.984,002	4.962,770	3.695,716
Derivaten verkocht		-86,726	-2.180,354	-5.029,685	-4.358,159
Resultaat op derivaten		-8,572	146,064	374,566	319,419
Per ultimo jaar		85,661	35,373	343,024	0,000

- De tabel laat ook voor de jaren 2011 tot en met 2013 een beeld zien dat sterk afwijkt van wat van een pensioenfonds mag worden verwacht. Zo toont de balans van het pensioenfonds in 2012 een balanstotaal van 354 miljoen tegenover pensioenverplichtingen van 3 miljoen (het balanstotaal was dus 100 maal zo groot als de pensioenverplichtingen). Verder was het aantal aankoop- en verkooptransacties van aandelen en derivaten omvangrijk.
- Uit de bij de brief van 16 maart 2012 door het pensioenfonds verstrekte notulen en het verslag van de certificerende actuaris bij de jaarrekeningen over 2010 en 2011 bleek dat de actuaris zich zorgen maakte over de risico's die de deelnemers met hun ingelegde kapitaal liepen.
- Uit de door het pensioenfonds terzake aan DNB verstrekte documenten en de door DNB met het pensioenfonds gevoerde gesprekken is het volgende gebleken.
De beleggingsactiviteiten van GSFS AM in 2010 en van het

Samenwerkingsverband vanaf 1 januari 2011 kwamen er in de kern op neer dat alleen of in relevante mate (complexe) arbitragestrategieën werden toegepast. In navolging van de uitspraak van het CBb van 15 november 2016 wordt er daarbij thans van uitgegaan dat (een deel van) de premiereserve werd ingezet als margin voor de beleggingsactiviteiten. De effectenportefeuille werd geheel gefinancierd met vreemd vermogen, dat wil zeggen met geleend geld of met gebruik van derivatenconstructies. De arbitragestrategie kwam kort samengevat op het volgende neer. Een aandeelhouder/gerechtigde tot dividend vervreemde kort voor het betaalbaar stellen van dividend de eigendom van zijn aandelen aan het pensioenfonds. Daarbij reflecteerde de koopprijs de netto dividendverwachting van de verkoper en de koper van het aandeel. Omdat het pensioenfonds recht zou hebben op volledige vrijstelling of restitutie van dividendbelasting en de verkoper geen dividendbelasting zou terugkrijgen of slechts een deel, vond er arbitrage plaats naar een voor beide partijen aanvaardbare prijs. Omdat het pensioenfonds geen koersrisico wenste te lopen en de oorspronkelijke aandeelhouder het koersrisico – met in begrip van het effect van dividendbetaling – volledig wenste te behouden, verkocht het pensioenfonds de economische eigendom van het aandeel direct, waarbij de levering van de juridische eigendom werd uitgesteld tot na het moment waarop het dividend zou zijn uitgekeerd. Daarbij werd een vergoeding overeengekomen die rekening hield met de te verwachten koersdaling na uitkering van het bruto dividend. Het pensioenfonds vroeg vervolgens de dividendbelasting terug bij de bevoegde belastingautoriteiten. De (grote volumes) aandelen werden niet aangehouden voor het lange termijn rendement voor de deelnemers, bestaande uit te realiseren koersresultaten en ontvangen dividenden, maar uitsluitend voor het ontvangen van dividend en in relatie daarmee het als pensioenfonds terugvorderen van de dividendbelasting die door de (dividend)uitkerende vennootschap werd ingehouden. De opbrengst van de beleggingen van het Samenwerkingsverband kwam niet volledig toe aan de deelnemers, maar – op basis van de Vermogensbeheerovereenkomst en de Samenwerkingsovereenkomst – grotendeels aan GSFS AM. In de Samenwerkingsovereenkomst was afgesproken dat over de eerste EUR 400.000,- van de nettowinst GSFS AM recht had op 35% en het pensioenfonds op 65%. Over de nettowinst die hoger was dan EUR 400.000,- had GSFS AM recht op een aandeel tussen 60% en 75% en het pensioenfonds op een aandeel dat varieerde tussen de 40% en 25%.

- Het winstaandeel van GSFS AM werd volgens de Samenwerkingsovereenkomst per kwartaal direct afgezonderd van de Joint Account. Voor het geval verliezen zouden worden geleden was afgesproken dat deze ten laste van de winst in latere kwartalen in het betreffende jaar zouden komen.
- In de loop van 2012 zijn de op dat moment uitstaande vorderingen op buitenlandse belastingdiensten in factoring overgedragen aan [REDACTED] (GSA), die tegen een forse discount bereid was om die vorderingen van het pensioenfonds over te nemen. GSA is een zusteronderneming van GSFS AM [REDACTED]. Overigens blijkt uit de jaarrekening 2013 van GSFS AM dat zij in ieder geval in 2012 en 2013 een aandeel ontving in de winst van GSA.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

- Uit onderstaand overzicht² blijkt dat het pensioenfonds en GSFS AM samen in de jaren 2010 tot en met 2013 met de hiervoor beschreven activiteiten een opbrengst hebben verkregen van EUR 11.295.593,-. GSFS AM ontving daarvan het grootste deel van EUR 4.940.305,- (na aftrek van EUR 35.959,- aan BTW). EUR 3.296.678,- is ontvangen door GSA en het pensioenfonds ontving EUR 3.022.651,-.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

GSFS Overzicht beleggingen en kosten									
Cooperation agreement plus factoring GSA	2010	2010 in %	2011	2011 in %	2012	2012 in %	2013	2013 in %	totaal in %
Bruto opbrengst beleggingen	946.277		1.657.812		4.814.854		3.876.650		11.295.593
Factoringfee GSA (% van bruto)					1.679.013	34,87%	1.617.665	41,73%	3.296.678
Netto resultaat	946.277	100,00%	1.657.812	100,00%	3.135.841	65,13%	2.258.985	58,27%	7.998.915
GSFS AM Fee 35% van 400.000	140.000	14,79%	140.000	8,44%	140.000	2,91%	140.000	3,61%	560.000
fee aangevuld tot 40% / profit split (2011-2013) % >400.000	49.255	5,21%	943.359	56,90%	2.019.742	41,95%	1.367.949	35,29%	4.380.305
BTW	35.959	3,80%		0,00%		0,00%		0,00%	35.959
Totaal fee aandeel GSFS AM	225.214	23,80%	1.083.359	65,35%	2.159.742	44,86%	1.507.949	38,90%	4.976.264
Totaal fee / profit split en factoringfee % van bruto	189.255	20,00%	1.083.359	65,35%	3.838.755	79,73%	3.125.614	80,63%	8.236.983
Netto opbrengst beleggingen voor pf	721.063	76,20%	574.453	34,65%	976.099	20,27%	751.036	19,37%	3.022.651

- Per ultimo 2012 bedroeg de omvang van het belegde vermogen van het pensioenfonds, dat was ingebracht in het Samenwerkingsverband, EUR 354,076 miljoen en de omvang van de premiereserve van het pensioenfonds EUR 3,024 miljoen. De omvang van de premiereserve bedroeg aldus minder dan 1% van het belegd vermogen van het Samenwerkingsverband tussen het pensioenfonds en GSFS AM.
- De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam heeft in zijn uitspraak van [REDACTED] 2013 inzake het (op 25 juli 2013 door DNB ingetrokken) besluit van 18 februari 2013 onder meer overwogen: *De voorzieningenrechter kan DNB volgen in haar betoog dat de opzet van verzoekster ongebruikelijk is. Hierbij is onder meer van belang dat de door de deelnemers en hun werkgever ingeleide premies slechts een verwaarloosbaar gedeelte vormen van de gelden waarmee verzoekster belegt. Voorts heeft DNB opmerkelijk kunnen achten dat een groot gedeelte van de winst uit beleggingen tot voor kort toekwam aan de vermogensbeheerder van verzoekster, tevens werkgever van de pensioengerechtigden. Dit laat onverlet dat verzoekster, naar DNB niet gemotiveerd heeft betwist, onder de wettelijke definitie van het begrip pensioenfonds valt en dat zij onbetwist heeft gesteld dat de opbrengsten uit haar beleggingen, in ieder geval thans, geheel ten goede komen aan de deelnemers. DNB heeft vooralsnog niet aannemelijk gemaakt dat zij met de in de Pw opgenomen handhavinginstrumenten, zoals het geven van een aanwijzing en het opleggen van een last onder dwangsom, niet zou kunnen bereiken dat verzoekster de door DNB gestelde overtredingen van de Pw ongedaan maakt. Dat verzoekster volgens DNB een groot aantal bepalingen uit de Pw overtreedt, maakt nog niet dat verzoekster geen pensioenfonds is of dat doorhaling van haar inschrijving het geëigende middel is om de vermeende overtredingen van de Pw ongedaan te maken.*
- In de uitspraak van Rechtbank Rotterdam van [REDACTED] 2015, inzake de door DNB op 31 oktober 2013 aan het pensioenfonds gegeven aanwijzing

² Informatie ontleend aan de jaarrekeningen 2010 tot en met 2013 van het pensioenfonds, onderdeel "Results on investments for account of participants" in de toelichting op de "State of income".

tot het volgen van een gedragslijn, onder meer bestaande uit het binnen twee maanden na dagtekening van dit besluit beëindigen van alle nevenactiviteiten die niet in overeenstemming zijn met activiteiten in verband met pensioen, is onder meer overwogen:

Met DNB is de rechtbank van oordeel dat de op naam van eiseres door [REDACTED] verrichtte beleggingsactiviteiten, die onweersproken vrijwel volledig bestonden uit dividendarbitrage, niet kwalificeren als activiteiten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden. Een van de kernactiviteiten van een pensioenfonds betreft het beleggen en beheren van de financiële middelen, te weten de ingelegde pensioenpremies en het daarop behaalde rendement. Zoals eiseres zelf in haar beroepsgronden benadrukt, stond een groot deel, zo niet het merendeel, van het pensioenvermogen evenwel op een depositorekening en had dit vermogen aldus niets met de dividendarbitrage te maken. De dividendarbitrage werd, naar evenmin weersproken, gefinancierd met op naam van eiseres geleend geld of de verkoop van derivaten. De omvang van dit vermogen overschreed de omvang van de ingelegde pensioenpremies vele malen, soms tot wel 800 keer. De stelling van eiseres dat haar 'long' en 'short' posities elkaar nivelleerden tot nihil en dat de effectieve belegging hierdoor was beperkt tot de ingelegde premies, maakt dit, wat daarvan ook zij, niet anders. Feit blijft dat met een omvangrijke hoeveelheid vreemd vermogen beleggingsactiviteiten werden verricht waarvoor de eigen premiereserve volstrekt ontoereikend was en waarbij, naar onweersproken, de behaalde opbrengsten uitsluitend bestonden uit de teruggave van dividendbelasting, waarvan in 2011 65,3% aan [REDACTED] en in 2012 circa 75% aan [REDACTED] tezamen met haar zusteronderneming [REDACTED] ten goede kwam. Met DNB is de rechtbank van oordeel dat eiseres zich met deze beleggingsstrategie niet als pensioenfonds, maar als ondernemer gedroeg en dat dus sprake was van nevenactiviteiten. Met haar stelling dat, ondanks de gelden die naar [REDACTED] en [REDACTED] gingen, de aanwas van het pensioenvermogen bovengemiddeld was, gaat eiseres eraan voorbij dat het risico van de beleggingsstrategie, waarbij niet alleen kan worden gedacht aan weigering van de teruggave van dividendbelasting maar ook aan terugvordering van al uitgekeerde bedragen, geheel lag bij de pensioendeelnemers, die bij het openbaren van dit risico hun volledige aanspraken op pensioen konden, en bij terugvordering in de toekomst ook thans nog kunnen, verliezen. Dat dit een reëel risico is, blijkt uit de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland [REDACTED] inzake een geschil tussen eiseres en de Nederlandse belastingdienst.

- Bij brief van 3 januari 2014 heeft [REDACTED] het pensioenfonds, aan DNB een kopie toegezonden van haar brief aan GSFS AM van 28 november 2013, waarbij de Samenwerkingsovereenkomst per 31 december 2013 werd opgezegd.
- In het geschil tussen het pensioenfonds en de Belastingdienst, over de vraag of het fonds, als pensioenfonds, was vrijgesteld van de heffing van vennootschapsbelasting, heeft de Hoge Raad [REDACTED] arrest gewezen en het oordeel van het Hof, dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, bevestigd.
- Het CBb heeft in haar uitspraak van 15 november 2016 met betrekking tot de overtreding van artikel 116 van de Pw door het pensioenfonds (in de uitspraak van het CBb aangeduid als: GSFS) het volgende overwogen:
4.9 Ten aanzien van de wijze waarop de op naam van GSFS door GSFS AM verrichtte beleggingsactiviteiten werden uitgevoerd, overweegt het College

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

het volgende. Vast staat dat de door GSFS AM uitgevoerde activiteiten enkel bestonden uit dividendarbitrage. Eveneens staat vast dat ten behoeve van deze arbitrage-activiteiten grote volumes effecten (aandelen) werden aangeschaft, waarvan de waarde de pensioenreserve (bestaand uit de ingelegde pensioenpremies en de daarop behaalde rendementen) vele malen oversteeg. Zo blijkt uit de jaarstukken dat ultimo 2011 sprake was van een premiereserve van € 1,95 miljoen, terwijl GSFS voor een bedrag van € 35,4 miljoen aan aandelen bezat. Ultimo 2012 beschikte GSFS over een premiereserve van € 3 miljoen, en bezat zij voor een bedrag van € 343,2 miljoen aan aandelen. Uit de jaarstukken blijkt verder dat in 2011 en 2012 voor enkele miljarden euro's aan aandelen is verhandeld namens GSFS.

4.10 Het College stelt vast dat de betreffende aandelen alleen konden worden aangeschaft doordat GSFS via haar broker [REDACTED] toegang kon krijgen tot (aanvullende) financiering, aanvankelijk via bankleningen en later door het gebruik van derivatenconstructies. Het College acht aannemelijk dat GSFS, zoals zij stelt, voor het via haar broker uitvoeren van deze beleggingsactiviteiten zekerheid moest verschaffen, in de vorm van margin, en acht eveneens aannemelijk dat (een deel van) de premiereserve voor dit doel werd ingezet. Nadere bewijslevering van deze stelling, zoals door GSFS aangeboden, is daarom niet meer noodzakelijk. In dit verband is relevant dat, anders dan DNB betoogt, GSFS niet heeft gesteld dat de gehele premiereserve op depositorekeningen stond. Uit het voorgenomen besluit, dat door DNB op 6 augustus 2013 aan GSFS is toegezonden, blijkt dat bij het soort beleggingsactiviteiten dat door GSFS AM werd uitgevoerd normaliter zekerheid wordt vereist ter dekking van het "overnight risk". Uit de bij brief van 25 augustus 2016 door GSFS overgelegde margin-overzichten, in combinatie met de daarop door GSFS gegeven toelichting, blijkt dat GSFS ter voldoening aan haar margin-verplichtingen gelden plaatste op een rekening bij haar broker. Uit de omstandigheid dat aan het eind van het boekjaar een met de ingelegde pensioenpremies vergelijkbaar bedrag op één of meer bankrekeningen stond, kan derhalve niet worden afgeleid dat de pensioenreserve geen rol speelde bij de namens GSFS uitgevoerde dividendarbitrage-activiteiten.

4.11 Ten aanzien van de met de dividendarbitrage behaalde rendementen overweegt het College het volgende. Zoals blijkt uit hoofdstuk 7 van de samenwerkingsovereenkomst kwam aan GSFS AM een winstdeling ("profit share") toe, en niet – zoals GSFS betoogt – een vergoeding ("fee"). GSFS erkent dat in 2011 65,3% van het behaalde rendement aan GSFS AM toekwam. Zoals DNB terecht betoogt, gaat GSFS bij haar betwisting van het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de in 2012 gerealiseerde rendementen voorbij aan de betalingen die door GSFS als "factoring fee" zijn afgedragen aan GSA. Uit het door GSFS zelf bij haar beroepschrift overgelegde overzicht blijkt dat in 2012 met de beleggingsactiviteiten een rendement van € 4.814.854,-- was gerealiseerd. Daarvan kwam € 2.159.742,-- toe aan GSFS AM, € 1.679.013,-- aan GSA en € 976.099,-- aan GSFS. Hieruit volgt dat van de opbrengsten over het jaar 2012 meer dan de door de rechtbank vastgestelde 75% ten goede kwam aan GSFS AM en GSA, namelijk 79,7%. Derhalve kan worden vastgesteld dat het merendeel van het rendement dat in de jaren 2011 en 2012 werd behaald met de namens GSFS uitgevoerde beleggingsactiviteiten ten goede kwam aan anderen dan de pensioendeelnemers.

4.12 Uit voorgaande feiten en omstandigheden blijkt naar het oordeel van het College dat de namens GSFS uitgevoerde beleggingsactiviteiten niet

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

[REDACTED]

kunnen worden beschouwd als activiteiten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden, zoals bedoeld in artikel 116, eerste lid, van de Pw. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, betreft een van de kernactiviteiten van een pensioenfonds het beleggen en beheren van de financiële middelen, te weten de ingelegde pensioenpremies en het daarop behaalde rendement. Daarvan is in het geval van de namens GSFS uitgevoerde arbitrage-activiteiten geen sprake. De in het kader van deze beleggingsactiviteiten aangeschafte aandelen werden immers gefinancierd door middel van leningen dan wel (geschreven) derivaten. Dat de pensioenpremies een (passieve) rol speelden bij de betreffende beleggingsactiviteiten, daar zij dienst deden als zekerheid, maakt het voorgaande niet anders, aangezien de aankoop van de effecten werd gefinancierd met andere middelen dan de ingelegde premies en het daarop behaalde rendement. Bij de beoordeling dient voorts de omvang van de arbitrage-activiteiten in verhouding tot het pensioenvermogen in ogenschouw te worden genomen. Zoals de rechtbank onweersproken heeft vastgesteld, overschreed de omvang van het belegd vermogen de omvang van de ingelegde pensioenpremies vele malen, soms tot wel 800 keer. Het College is met de rechtbank van oordeel dat GSFS zich met de hiervoor omschreven beleggingsstrategie, waarvan de baten voor het grootste gedeelte ten goede kwamen aan anderen dan de pensioendeelnemers, niet als pensioenfonds maar als ondernemer gedroeg en dat dus sprake was van nevenactiviteiten.

4.13 De overige door GSFS aangevoerde argumenten leiden niet tot een ander oordeel. De mate van risico verbonden aan een bepaalde activiteit is niet relevant voor de vraag of sprake is van een nevenactiviteit. Ook de omstandigheid dat (een deel van) het rendement van een activiteit ten goede komt aan de pensioendeelnemers, maakt niet dat die activiteit dient te worden aangemerkt als een activiteit in verband met pensioen of een werkzaamheid die daarmee verband houdt, aangezien daarvoor de aard van de activiteit zelf bepalend is. Dat DNB bij het opleggen van de aanwijzing rekening heeft gehouden met de fiscale risico's verbonden aan de beleggingsactiviteiten van GSFS, maakt niet dat zij een fiscale norm zou handhaven. Van ongelijke behandeling ten opzichte van andere pensioenfondsen is het College niet gebleken. GSFS heeft niet aannemelijk gemaakt dat andere pensioenfondsen vergelijkbare beleggingsconstructies hanteren, waarbij met grote sommen geld die niet afkomstig zijn uit de premiereserve beleggingsactiviteiten worden ontplooid van een omvang die de premiereserve vele malen overstijgt en waarvan de opbrengsten voor het grootste deel worden afgedragen aan andere partijen.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

Constatering overtreding

4. Het pensioenfonds is een pensioenfonds als bedoeld in artikel 1 van de Pw en is derhalve gehouden aan de vereisten van de Pw.

Na beoordeling van de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden, in samenhang met het wettelijk kader, komt DNB tot het volgende oordeel.

5. Zoals randnummer 1 (wettelijk kader) volgt, dient een pensioenfonds slechts activiteiten te verrichten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden.

Uit de feiten en omstandigheden, zoals hiervoor onder randnummer 3 vermeld, blijkt dat de activiteiten die het pensioenfonds uitvoerde in verband met de

pensioenregeling en werkzaamheden die daarmee verband hielden, zoals het beheren en beleggen van de door de deelnemers ingelegde premies en het daarmee behaalde rendement, slechts een gering onderdeel uitmaakten van de door het pensioenfonds uitgevoerde activiteiten. Een aanzienlijk deel van de activiteiten van het pensioenfonds bestond uit het voor gezamenlijke rekening en risico van het pensioenfonds en GSFS AM uitvoeren van andere activiteiten, conform de tussen het pensioenfonds en GSFS AM gesloten

Vermogensbeheerovereenkomst en de Samenwerkingsovereenkomst. Met het feitelijk uitvoeren van deze activiteiten is gestart op het moment dat GSFS AM is gaan beleggen voor het pensioenfonds, hetgeen is gebeurd op enig moment tussen 31 maart en 30 april 2010; in ieder geval op 30 april 2010 was hiervan derhalve sprake. Deze activiteiten hebben tot en met in ieder geval 31 december 2013, zijnde de datum per wanneer de samenwerkingsovereenkomst met GSFS AM door het pensioenfonds is opgezegd, plaatsgevonden.

Het pensioenfonds belegde aldus met vreemd vermogen in aandelen. In navolging van de uitspraak van het CBb merkt DNB op dat hieraan niet af doet dat de pensioenpremies een (passieve) rol speelden bij de beleggingsactiviteiten, aangezien de aankoop van de effecten werd gefinancierd met andere middelen dan de ingelegde premies en het daarop behaalde rendement. De omvang van de activiteiten uit hoofde van de met GSFS AM gesloten overeenkomsten overschreed de omvang van het pensioenvermogen vele malen. Per ultimo 2012 bedroeg de omvang van het belegde vermogen van het pensioenfonds, dat was ingebracht in het Samenwerkingsverband, EUR 354,076 miljoen en de omvang van de premiereserve EUR 3,024 miljoen. De omvang van de premiereserve bedroeg aldus minder dan 1% van het belegd vermogen van het Samenwerkingsverband tussen het pensioenfonds en GSFS AM. Dit betekent dat het pensioenfonds door middel van omvangrijke leningen dan wel (geschreven) derivaten beleggingsactiviteiten heeft verricht waarvoor de premiereserve volstrekt ontoereikend was en waarbij de behaalde opbrengsten uitsluitend bestonden uit de teruggave van dividendbelasting.

Gelet op de verhouding tussen de omvang van de premiereserve en de omvang van het totale belegde vermogen, in combinatie met de financiering door bankleningen en derivaten, kan de belangrijkste activiteit van het pensioenfonds niet als een van de vier kernactiviteiten van pensioenfonds, zoals genoemd door de Commissie Staatsen³, worden beschouwd. Het behalen van rendement middels dividendarbitrage, gefinancierd met leningen dan wel (geschreven) derivaten, vertoont grote gelijkenis met de (hoofd)activiteiten van GSFS AM. Daarmee is geen sprake meer van ondernemend beleggen, maar van beleggend ondernemen, zoals door de Commissie Staatsen omschreven. Het pensioenfonds liep een risico ten aanzien van de omvang van het (terug te ontvangen) dividend. Zowel het te ontvangen dividend zou kunnen tegenvallen (omdat het lager kon zijn dan vooraf verwacht) als de hoogte van de terug te ontvangen belasting (bijvoorbeeld doordat een belastingdienst kennis zou krijgen van het feit dat de teruggaaf niet alleen aan een pensioenfonds ten goede zou komen). Daarmee was de bescherming van de belangen van de deelnemers van het pensioenfonds in het geding, aangezien als gevolg hiervan de ingelegde premies en daarmee opgebouwde pensioenaanspraken zouden kunnen worden aangetast.

DNB concludeert, zoals ook door het CBb in de uitspraak van 15 november 2016 is geoordeeld, dat deze activiteiten niet kwalificeren als activiteiten in

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

³ Rapport "Het pensioenfonds als taakorganisatie, 'schoenmaker blijf bij je leest' " van de Commissie conglomeraatvorming pensioenfonds, over nevenactiviteiten en conglomeraatvorming bij pensioenfonds.

verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden, waarmee artikel 116 van de Pw is overtreden.

Datum

27 januari 2017

Conclusie

DNB is van oordeel dat het pensioenfonds in de periode van in ieder geval 30 april 2010 tot en met 31 december 2013 in strijd met artikel 116 van de Pw zich niet heeft beperkt tot het verrichten van activiteiten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden.

Kenmerk

Bevoegdheid tot handhavend optreden

6. Op grond van artikel 176, eerste lid van de Pw is DNB bevoegd om een bestuurlijke boete op te leggen terzake van overtreding van artikel 116 van de Pw.
7. DNB voert een vast beleid bij het uitoefenen van haar bevoegdheden tot het treffen van handhavingsmaatregelen (zie www.dnb.nl voor de Beleidsregel Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank van 10 juli 2008). Dit beleid heeft onder andere als uitgangspunt dat overtredingen niet worden gedoogd en dat in beginsel handhavend dient te worden opgetreden zodra DNB een overtreding heeft geconstateerd.

Belangenafweging

8. In de belangenafweging bij een besluit tot het al dan niet opleggen van een bestuurlijke boete beoordeelt DNB de ernst en duur en de verwijtbaarheid van de overtreding. Bij deze belangenafweging wordt ook de zienswijze van de overtreder betrokken.
9. Met betrekking tot de ernst en duur van de overtreding overweegt DNB het volgende.

De algemene doelstelling van de Pw is het waarborgen van bij werknemers gewekte pensioenverwachtingen. De Pw regelt in verband daarmee dat de uitvoering van een pensioenregeling door middel van een uitvoeringsovereenkomst moet worden ondergebracht bij een pensioenuitvoerder in de zin van de Pw. Om de in een pensioenfonds ondergebrachte pensioenaanspraken te kunnen waarborgen, worden bij en krachtens de Pw onder meer eisen gesteld aan de beheerste en integere bedrijfsvoering, de administratieve organisatie van een pensioenfonds en aan de activiteiten die een pensioenfonds mag verrichten. Een pensioenfonds mag slechts activiteiten verrichten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden. Een van de kernactiviteiten van een pensioenfonds betreft het beleggen en beheren van de financiële middelen, te weten de ingelegde pensioenpremies en het daarop behaalde rendement. Een pensioenfonds is vrijgesteld van dividendbelasting. Het pensioenfonds en GSFS AM handelden op basis van (eerst een Vermogensbeheerovereenkomst en per 15 april 2011) een Samenwerkingsovereenkomst in aandelen (dividenden), waarbij het voordeel voor het pensioenfonds en GSFS AM bestond uit de dividendbelasting die het pensioenfonds door haar status als pensioenfonds kon terugvragen van de belastingautoriteiten. Om de aandelen te verkrijgen werden leningen en derivaten aangegaan. De omvang van dit vermogen overschreed de omvang van de ingelegde pensioenpremies vele malen, soms tot wel 800 keer. Het pensioenfonds heeft met omvangrijke leningen dan wel (geschreven) derivaten beleggingsactiviteiten verricht waarvoor de eigen premiereserve volstrekt ontoereikend was en waarbij de behaalde opbrengsten uitsluitend bestonden uit de teruggave van

dividendbelasting. Het voordeel voor GSFS AM bestond voorts uit aanzienlijke fees die het pensioenfonds aan GSFS AM betaalde en die konden oplopen tot 75% van de door de dividendarbitrage verkregen winst.

DNB is van oordeel dat, ondanks het feit dat het pensioenfonds ook voordeel met deze transacties behaalde, het belang van de deelnemers hierbij op geen enkele wijze in acht is genomen. De werkwijze van het pensioenfonds kon tot onacceptabele risico's voor deelnemers leiden, zoals ook blijkt uit de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland [REDACTED] en het arrest van het gerechtshof Amsterdam [REDACTED], zoals bevestigd in het arrest van de Hoge Raad [REDACTED] inzake een geschil tussen het pensioenfonds en de Nederlandse Belastingdienst.

DNB beschouwt deze overtreding van artikel 116 van de Pw, die gedurende ruim drieënhalf jaar heeft plaatsgevonden, dan ook als een ernstige overtreding.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

10. Ten aanzien van de overtreding treft het pensioenfonds een grote mate van verwijtbaarheid, nu zij in de periode vanaf in ieder geval 30 april 2010 tot en met 31 december 2013 als pensioenfonds actief is geweest zonder inachtneming van de daarvoor geldende regelgeving. Het pensioenfonds hoorde, nu zij actief was als pensioenfonds, op de hoogte te zijn van de toepasselijke wet- en regelgeving. Ten aanzien van de overtreding treft het pensioenfonds een grote mate van verwijtbaarheid nu zij bewust werkzaam is geweest als pensioenfonds zonder inachtneming van de beperking dat een pensioenfonds slechts activiteiten verricht in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden. Reeds in 2009 is het pensioenfonds, in reactie op de bij oprichting in de statuten opgenomen doelomschrijving, expliciet door DNB op deze beperking gewezen. Het pensioenfonds heeft in strijd met deze beperking in samenwerking met GSFS AM door middel van dividendarbitrage grote winsten te gegenereerd, waaraan ook risico's verbonden waren, onder meer het risico van weigering van de teruggave van dividendbelasting en het risico van terugvordering van al uitgekeerde bedragen, welke risico's geheel bij de deelnemers lagen die daardoor hun aanspraken op pensioen konden verliezen, en bij terugvordering in de toekomst ook thans nog kunnen verliezen. Gelet op het feit dat de Hoge Raad [REDACTED] het beroep in cassatie van het pensioenfonds ongegrond heeft verklaard en blijkens het jaarverslag 2015 een voorziening is getroffen voor een bedrag van ruim EUR 14 miljoen vanwege een claim van de Belastingdienst in [REDACTED], is aannemelijk dat dit risico zich zal materialiseren.

Zienswijze

11. Bij brief van 14 juni 2016 heeft DNB het pensioenfonds in kennis gesteld van het voornemen om vanwege de geconstateerde overtreding over te gaan tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Het pensioenfonds is in de gelegenheid gesteld haar zienswijze betreffende dit voornemen naar keuze mondeling of schriftelijk kenbaar te maken op respectievelijk uiterlijk 22 juli 2016 om 9:00 uur. Op verzoek van de advocaat van het pensioenfonds heeft DNB uitstel verleend voor het geven van een zienswijze tot 13 september 2016 om 9:00 uur. Het pensioenfonds heeft op genoemd tijdstip mondeling haar zienswijze gegeven en een schriftelijke zienswijze aan DNB overhandigd en nadien aangevuld bij e-mail van 31 oktober 2016/brief van 2 november 2016.

Voorafgaand aan de zienswijzezitting heeft een e-mailwisseling tussen de advocaat van het pensioenfonds en DNB plaatsgehad. DNB voegt deze e-mailwisseling toe aan het dossier.

Na de zienswijzezitting zijn namens het pensioenfonds bij brief van 19 september 2016 enige stukken betreffende de procedures tussen DNB en het pensioenfonds met betrekking tot het besluit tot uitschrijving en het aanwijzingsbesluit aan DNB toegezonden, met het verzoek deze stukken aan het dossier toe te voegen. DNB voegt deze stukken, alsmede de bij de schriftelijke zienswijze gevoegde bijlagen en, volledigheidshalve, de met de door het pensioenfonds overgelegde processtukken corresponderende processtukken van DNB, inclusief bijlagen, toe aan het dossier. Voorts worden de hierna te noemen documenten die DNB op 31 oktober 2016 per e-mail (en op 2 november 2016 per post) van het pensioenfonds heeft ontvangen aan het dossier toegevoegd.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

DNB merkt op dat zij daar waar relevant het feitencomplex onder randnummers 2 en 3 naar aanleiding van de zienswijze heeft aangevuld. Ook in verband hiermee voegt DNB een stuk toe aan het dossier.

Een overzicht van de als voormeld aan het dossier toegevoegde stukken is opgenomen in **bijlage 3** bij deze beschikking.

Gelet op hetgeen daaromtrent tijdens de zienswijzezitting aan de orde is gekomen, in samenhang met de brief van DNB van 22 september 2016, is het verslag van de zienswijzezitting als **bijlage 4** bij deze beschikking gevoegd.

Hieronder wordt ingegaan op het overigens namens het pensioenfonds gestelde.

12. Het pensioenfonds voert allereerst, kort en zakelijk weergegeven, als "formeel verweer" aan dat zij door DNB niet in staat zou worden gesteld om te onderbouwen waarom het voornemen en het boeterapport op feitelijke onjuistheden is gebaseerd. Bedoelde feitelijke onjuistheden zouden er, volgens het pensioenfonds, toe leiden dat geen besluit tot beboeting genomen kan worden.

Dit betoog mist feitelijke grondslag. DNB heeft het pensioenfonds bij het voornemen in de gelegenheid gesteld om haar zienswijze naar voren te brengen en heeft het pensioenfonds daartoe een termijn van ruim vijf weken gegund. Op verzoek van het pensioenfonds is deze termijn met ruim zeven weken verlengd, waardoor het pensioenfonds in totaal dertien weken de tijd heeft gehad voor het geven van haar zienswijze. De zienswijze is bij uitstek de gelegenheid voor het pensioenfonds om bewijs te leveren van de door haar gestelde feitelijke onjuistheden. De periode die het pensioenfonds daartoe ter beschikking heeft gestaan is daartoe naar het oordeel van DNB ook ruimschoots voldoende. Dat het pensioenfonds daarvan geen gebruik heeft gemaakt voor het leveren van het door haar nodig geachte bewijs komt volledig voor haar rekening.

Verder merkt DNB naar aanleiding van het "formeel verweer" nog het volgende op. Tijdens de zienswijzezitting is namens het pensioenfonds mondeling verzocht om voor 1 november 2016 bewijs te leveren dat de pensioenpremie is gebruikt voor de beleggingsactiviteiten en dat niet belegd is met meer middelen dan de beschikbare pensioenpremie. DNB heeft het pensioenfonds hierop bij brief van 22 september 2016 in de gelegenheid gesteld dit bewijs alsnog te leveren, hoewel dat eigenlijk bij de zienswijze(zitting) geleverd had moeten worden, waartoe gelet om de zeer ruime termijn die in het onderhavige geval voor het geven van een zienswijze was geboden, ook

voldoende gelegenheid is geweest. Dat vervolgens blijkt dat in de zeer omvangrijke schriftelijke zienswijze van het pensioenfonds van nog veel meer punten bewijs wordt aangeboden, hetgeen overigens niet namens het pensioenfonds in de mondelinge zienswijze naar voren is gebracht, betekent evenwel niet dat DNB gehouden is op al die aanbiedingen c.q. verzoeken in te gaan. Als gezegd, heeft DNB het pensioenfonds ruimschoots de gelegenheid geboden om bewijs van haar stellingen te leveren. Anders dan het pensioenfonds stelt, heeft het pensioenfonds niet gemotiveerd waarom deze zeer ruime termijn niet voldoende zou zijn.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

13. Het pensioenfonds stelt zich, kort en zakelijk weergegeven, in haar "formeel verweer" voorts op het standpunt dat de pensioenpremies wel zijn gebruikt voor de beleggingsactiviteiten, namelijk als de door de bank verplicht gestelde margin bij de beleggingsactiviteiten, zonder welke margin de beleggingsactiviteiten/-transacties niet mogelijk zouden zijn.

DNB merkt naar aanleiding hiervan op dat zij, zoals onder randnummer 12 al aan de orde kwam, het pensioenfonds in de gelegenheid heeft gesteld om voor 1 november 2016 bewijs te leveren dat de pensioenpremie is gebruikt voor de beleggingsactiviteiten en dat niet belegd is met meer middelen dan de beschikbare pensioenpremie. In reactie hierop ontving DNB op 31 oktober 2016 per e-mail en op 2 november 2016 per post enige documenten van het pensioenfonds. Gezien deze stukken, in samenhang met de inmiddels door het Cbb gedane uitspraak in het hoger beroep tegen de aanwijzing, acht DNB het thans aannemelijk dat (een deel van) de premiereserve werd ingezet als margin voor de beleggingsactiviteiten. Welke gevolgen dit heeft voor de vaststelling van de overtreding komt hierna, onder randnummer 15 bij de bespreking van de zienswijze van het pensioenfonds ten aanzien van de overtreding van artikel 116 van de Pw, aan de orde.

14. Primair stelt het pensioenfonds zich, kort en zakelijk weergegeven, op het standpunt dat boeteplegging in het onderhavige geval niet mogelijk is, nu reeds eerder handhavend is opgetreden door DNB voor dezelfde overtreding. Het pensioenfonds beroept zich daarbij op het ne bis in idem-beginsel en op het vertrouwensbeginsel.

DNB merkt naar aanleiding hiervan het volgende op.

Het ne bis in idem-beginsel houdt in dat niemand tweemaal mag worden gestraft voor dezelfde overtreding. Dit beginsel is voor het bestuursrecht gecodificeerd in artikel 5:43 van de Awb: *Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op indien aan de overtreder wegens dezelfde overtreding reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd, dan wel een kennisgeving als bedoeld in artikel 5:50, tweede lid, aanhef en onderdeel a, is bekendgemaakt.* Voor de verhouding tussen bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties is hetzelfde beginsel neergelegd in artikel 5:44 van de Awb: *Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op indien tegen de overtreder wegens dezelfde gedraging een strafvervolgning is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen, dan wel een strafbeschikking is uitgevaardigd.*

De door DNB op 31 oktober 2013 aan het pensioenfonds opgelegde aanwijzing strekte onder meer tot beëindiging van de overtreding van artikel 116 van de Pw. De aanwijzing is geen bestraffende sanctie, maar een herstelsanctie. Ingevolge artikel 5:2, eerste lid onder a en c van de Awb is sprake van een bestraffende sanctie bij een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak, voor zover deze beoogt de

overtreder leed toe te voegen. De aanwijzing is niet gericht op leedtoevoeging. Deze maatregel beoogt uitsluitend het ongedaan maken dan wel beëindigen van de in daarin genoemde overtredingen en is derhalve een herstelsanctie als bedoeld in artikel 5:2, eerste lid onder b van de Awb. Dat het pensioenfonds deze maatregel mogelijk als bestraffend heeft ervaren maakt dit niet anders. Gelet op het voorgaande is het opleggen van een bestuurlijke boete aan het pensioenfonds niet in strijd met het ne bis in idem beginsel. Overigens is er ook geen sprake van strafrechtelijke vervolging met betrekking tot de onderhavige overtreding.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

Ook het beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt niet.

Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is nodig dat van de zijde van het bestuursorgaan, in casu DNB, ondubbelzinnige en ongeclausuleerde toezeggingen zijn gedaan waaraan het pensioenfonds de gerechtvaardigde verwachting mocht ontleen dat haar geen bestuurlijke boete zou worden opgelegd. In dit geval zijn dergelijke toezeggingen door DNB niet gedaan; DNB heeft het pensioenfonds nimmer gemeld dat vanwege de onderhavige overtreding geen bestuurlijke boete zou worden opgelegd.

15. Subsidiair stelt het pensioenfonds zich, kort en zakelijk weergegeven, op het standpunt dat artikel 116 van de Pw niet is geschonden. De activiteiten van het pensioenfonds zijn geen nevenactiviteiten in de zin van artikel 116 van de Pw. De pensioenpremie is wel gebruikt voor de beleggingsactiviteiten, namelijk als margin en de hoge vergoeding die met GSFS AM was overeengekomen was een zakelijke vergoeding.

DNB merkt op dat, zoals hiervoor onder randnummers 2 en 3 reeds aan de orde kwam, het CBb op 15 november 2016 uitspraak heeft gedaan op het hoger beroep van het pensioenfonds inzake de aanwijzing en heeft geoordeeld dat het pensioenfonds artikel 116 van de Pw heeft overtreden. De voor hetgeen in de zienswijze van het pensioenfonds is aangevoerd relevante overwegingen van het CBb zijn hiervoor onder randnummer 3 aangehaald. Gelet op de hiervoor aangehaalde overwegingen van het CBb behoeven de materiële gronden die het pensioenfonds in haar zienswijze aanvoert ter onderbouwing van haar standpunt dat artikel 116 van de Pw niet is overtreden geen verdere bespreking meer, aangezien al deze gronden middels de overwegingen van het CBb worden weerlegd. Vanwege het grote belang dat het pensioenfonds blijkens haar zienswijze hecht aan haar stelling dat de pensioenpremies wel zijn gebruikt voor de beleggingsstrategie, namelijk als margin, benadrukt DNB dat uit de uitspraak van het CBb (overweging 4.12) expliciet blijkt dat de omstandigheid dat de pensioenpremies een (passieve) rol speelden bij de beleggingsactiviteiten, daar zij dienst deden als zekerheid, niet afdoet aan de overtreding van artikel 116 van de Pw.

16. Meer subsidiair stelt het pensioenfonds zich, kort en zakelijk weergegeven, op het standpunt dat schending van de (niet ingevulde) open norm van artikel 116 van de Pw in de gegeven omstandigheden niet kan leiden tot boeteoplegging. In dit kader voert het pensioenfonds, kort samengevat, het volgende aan.
GSFS AM is vergunningplichtig geweest en derhalve bekend bij DNB (en de AFM). DNB wist bij inschrijving van het pensioenfonds wie GSFS AM waren en wat het pensioenfonds van plan was te gaan doen - hetgeen volgens het pensioenfonds ook uit de ABTN van 2009 blijkt - en als DNB dit niet goed vond, had zij in 2009 moeten weigeren het pensioenfonds in te

schrijven. DNB heeft drie jaar geleden al handhavend opgetreden, het nu opleggen van een boete voegt niets toe. GSFS AM verricht sinds 2013 geen arbitrageactiviteiten meer. Het gaat hier om een open norm, waaraan vooraf geen invulling is gegeven. DNB heeft hierover ook nooit guidance gegeven. DNB heeft de open norm van artikel 116 van de Pw later ingevuld op basis van fiscale uitspraken en de visie van DNB is in de loop der tijd gewijzigd; DNB vond de activiteiten later "niet integer". Op grond van het legaliteitsbeginsel is het opleggen van een boete niet mogelijk. Het opleggen van een boete is ook in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel of lex certa-beginsel, aangezien de norm niet voldoende bepaalbaar was. Het opleggen van een bestuurlijke boete is verder in strijd met het Handhavingsbeleid van DNB en de AFM. Er is door DNB nooit een normoverdragend gesprek met het pensioenfonds gevoerd en/of een informatieverzoek gedaan. DNB heeft middels het uitschrijvingsbesluit van 18 februari 2013 zelf onrechtmatig gehandeld. Naar aanleiding van dit besluit zijn de dividendarbitrage activiteiten van het pensioenfonds gestaakt.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

De omstandigheid dat GSFS AM over een vergunning van de AFM heeft beschikt en in dat verband ook onder prudentieel toezicht van DNB heeft gestaan maakt niet dat geen sprake is van een overtreding dan wel dat DNB daartegen thans niet meer kan optreden. DNB merkt in dit verband op dat, aangezien beleggingsondernemingen voornamelijk onder gedragstoezicht staan, de AFM is aangewezen als vergunningverlenende toezichthouder voor deze sector. Voor de beoordeling van de vergunningvereisten die zien op het Deel Prudentieel toezicht financiële ondernemingen van de Wft vraagt de AFM advies aan DNB. Vervolgens heeft de AFM ook in het lopend toezicht het voortouw bij beleggingsondernemingen. De betrokkenheid van en beoordeling door DNB ziet met name op het eigen vermogen en de solvabiliteit van de beleggingsondernemingen. DNB merkt op dat GSFS AM zeer kort, namelijk slechts zestien maanden, een vergunning heeft gehad. Ten tijde van de onderhavige overtreding stond GSFS AM niet meer onder toezicht. Van een (jarenlange) toezichtrelatie, op basis waarvan DNB "precies wist wie en wat GSFS AM was" was geen sprake. Verder werd en wordt het toezicht op pensioenfondsen bij DNB door andere toezichthouders en vanuit andere afdelingen uitgeoefend dan het toezicht op beleggingsondernemingen. Een toezichthouder op pensioenfondsen die de aanmelding van een klein nieuw pensioenfonds behandelt is niet vanzelf op de hoogte van de informatie die een andere toezichthouder, van een andere afdeling, die toezicht houdt op een andere sector, heeft over een beleggingsonderneming met een door de AFM verleende vergunning, die slechts zestien maanden onder toezicht heeft gestaan.

Met betrekking tot de ABTN van 2009 merkt DNB op dat zij reeds in 2009 vragen heeft gesteld over het beleggingsbeleid en ook over de opzet van het pensioenfonds. Bij brief van 26 januari 2009 heeft DNB erop gewezen dat niet werd voldaan aan de basiseisen voor een pensioenfonds, nl. verplichte deelname en de verplichting van de werkgever een bepaalde bijdrage te leveren. Bij dergelijke gebreken in de opzet wordt aan een beoordeling van de beleggingsstrategie niet toegekomen. Verder zijn reeds in een gesprek met het pensioenfonds op 29 januari 2009 vragen gesteld over onder meer het beleggingsbeleid en is een toelichting verzocht op de opmerking in de ABTN 2009 *dat het pensioenkapitaal op 'verantwoorde en solide wijze' zal worden belegd. Wij verwijzen hierbij naar artikel 135 van de PW.* Overigens bleek uit de ABTN 2009 niet hoe en in welke verhoudingen in de praktijk werd

gehandeld; in hoofdstuk 5 (beleggingsbeleid) worden naast arbitragestrategieën ook beleggingen in vastrentende waarden genoemd. Anders dan het pensioenfonds meent was DNB vanaf 2009 geenszins op de hoogte van de beleggingsstrategie en -activiteiten van het pensioenfonds. Zoals ook blijkt uit de onder randnummer 3 vermelde feiten werd DNB pas uit het jaarverslag over 2010 duidelijk wat het pensioenfonds feitelijk deed. Toen bleek dat bij ingelegde pensioenpremies van in totaal circa EUR 0,15 miljoen sprake was van zeer aanzienlijke aandelenposities en een zeer omvangrijke lening van EUR 18 miljoen op balansdatum. Na kennisneming van dat jaarverslag is DNB in actie gekomen. Aan de opstelling van DNB in de daaraan voorafgaande periode kan het pensioenfonds niet het vertrouwen hebben ontleend dat DNB instemde met de strategie en activiteiten van het pensioenfonds en/of dat zij er geen overtreding van de Pw in zag.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

Zoals hiervoor onder randnummer 14 al aan de orde kwam, is een bestuurlijke boete een bestraffende sanctie. Een bestuurlijke boete beoogt leedtoevoeging. Zoals eveneens eerder werd opgemerkt was het doel van de aanwijzing, een reparatoire sanctie, het beëindigen van de overtreding. Het opleggen van een boete voegt, anders dan het pensioenfonds betoogt, derhalve wel iets toe aan het eerdere handhavende optreden van DNB, namelijk bestraffing voor de begane overtreding. Dat GSFS AM volgens de stellingen van het pensioenfonds al sinds 2013 geen dividendarbitrage activiteiten meer zou verrichten maakt dit niet anders.

Dat de norm die het pensioenfonds heeft overtreden een open norm is, doet niet af aan de bevoegdheid van DNB om voor deze overtreding een bestuurlijke boete op te leggen. DNB is, mede op basis van de wetsgeschiedenis, van oordeel dat niet onduidelijk is wat onder *activiteiten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden* moet worden verstaan.

Uit de brief van de staatssecretaris van SZW van 9 februari 2004⁴ blijkt bijvoorbeeld dat tot de kernactiviteiten van een pensioenfonds worden gerekend: *al die activiteiten die noodzakelijk zijn om uitvoering te geven aan de wettelijk verankerde pensioentaken, alsmede daarmee rechtstreeks verband houdende activiteiten. Alle overige activiteiten (die dus niet met de wettelijk verankerde pensioentaken zijn verbonden) zijn nevenactiviteiten.* Aangegeven wordt dat deze beperking nodig is *om te bewerkstelligen dat activiteiten van pensioenfondsen in overeenstemming blijven met hun specifieke taakopdracht en hun wettelijk geregelde bijzondere positie en om te vermijden dat de belangen van deelnemers en van marktpartijen worden geschaad (bijvoorbeeld doordat taakvreemde activiteiten tot financiële risico's leiden of tot marktverstoring vanwege een oneigenlijk concurrentievoordeel van pensioenfondsen ten opzichte van commerciële aanbieders).*

Dat vooraf geen invulling aan de bepaling van artikel 116 van de Pw is gegeven is dan ook onjuist. Gelet hierop was er voor DNB ook geen aanleiding om guidance te geven over de onderhavige bepaling; uit de wetsgeschiedenis blijken de achtergrond en strekking van de bepaling duidelijk. Mede gelet op de hieruit blijkende achtergrond en strekking van artikel 116 van de Pw is aanstonds duidelijk dat de aan de bestuurlijke boete ten grondslag gelegde gedragingen van het pensioenfonds in strijd zijn met deze bepaling. Van een pensioenfonds mag ook worden verwacht dat het zichzelf op de hoogte stelt van doel en strekking van bepalingen als de onderhavige. Het had het

⁴ Kamerstukken II, 2003/04, 28294, nr. 8

pensioenfondsen op basis daarvan duidelijk moeten zijn dat haar dividendarbitrage activiteiten niet waren toegestaan. Het betreft immers activiteiten die niet noodzakelijk zijn om uitvoering te geven aan de wettelijk verankerde pensioentaken en evenmin houden zij daarmee rechtstreeks verband. Bovendien zijn deze activiteiten evident in strijd met de specifieke taakopdracht en wettelijk geregelde bijzondere positie van pensioenfondsen en (kunnen) middels deze activiteiten de belangen van de deelnemers en van marktpartijen worden geschaad. DNB wijst op de financiële risico's voor de deelnemers en het financiële voordeel dat een pensioenfonds geniet als gevolg van haar bijzondere fiscale positie op grond waarvan zij dividendbelasting kan terugvragen en waardoor dividendarbitrage voor haar bijzonder lucratief is. Commerciële marktpartijen hebben een dergelijke bijzondere fiscale positie niet en kunnen daarom het daaruit voortvloeiende voordeel van de activiteiten niet behalen. De normstelling zoals deze luidt is duidelijk genoeg, ook al moet deze in een concreet geval nader worden uitgelegd. DNB zal hierop hierna, bij de bespreking van het rechtszekerheidsbeginsel of lex certa-beginsel en het bepaalbaarheidsgebod nader ingaan.

De stelling van het pensioenfonds dat DNB de norm van artikel 116 van de Pw achteraf op basis van fiscale uitspraken heeft ingevuld, mist feitelijke grondslag. DNB heeft steeds rekening gehouden met de fiscale risico's die aan de beleggingsactiviteiten van het pensioenfonds verbonden waren. Maar dit betekent niet dat DNB de norm op basis van fiscale uitspraken heeft ingevuld en, zoals ook het CBB heeft overwogen, tevens niet dat zij een fiscale norm zou handhaven.

Met betrekking tot de stelling van het pensioenfonds dat de visie van DNB in de loop der tijd gewijzigd zou zijn en dat DNB de activiteiten later "niet integer" is gaan vinden, merkt DNB op dat zij hiervoor reeds gemotiveerd uiteen heeft gezet dat er geen sprake van is geweest dat DNB in aanvang met de dividendarbitrage activiteiten van het pensioenfonds heeft ingestemd en dat DNB pas uit het jaarverslag over 2010 duidelijk werd wat het pensioenfonds feitelijk deed; kortheidshalve wordt op deze plaats volstaan met een verwijzing daarnaar. Verder merkt DNB op dat het oordeel dat de dividendarbitrage activiteiten niet integer waren niet relevant is voor de beoordeling van de overtreding van artikel 116 van de Pw, maar wel voor de vraag of artikel 143 van de Pw (beheerste en integere bedrijfsvoering) is overtreden. De overtreding van deze laatste bepaling, die wel aan de aanwijzing ten grondslag is gelegd, ligt niet ten grondslag aan (het voornemen tot) het opleggen van een bestuurlijke boete, zodat dit aspect hier verder buiten beschouwing kan blijven.

Van strijd met het legaliteitsbeginsel en met de rechtszekerheid of het lex certa-beginsel en het daarop gestoelde bepaalbaarheidsgebod is in het onderhavige geval geen sprake. Daarbij wijst DNB er op dat, volgens vaste jurisprudentie⁵ van het CBB en de Hoge Raad, een zekere vaagheid en het gebruik van algemene termen onvermijdelijk kunnen zijn, omdat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en omdat, indien dit wel is voorzien, delictomschrijvingen anders te verfijnd worden met als gevolg dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee het belang van de algemene duidelijkheid van de wetgeving schade lijdt. Dit staat er niet aan in de weg om vanwege overtreding van de betreffende bepaling, in casu artikel 116 van de Pw, een bestuurlijke boete op te leggen.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

⁵ Zie o.a. HR 31 oktober 2000 (ECLI:NL:HR:2000:AA7954) en CBB 4 juli 2016 (ECLI:NL:CBB:2016:94) en, specifiek met betrekking tot financiële toezichtwetgeving, 22 februari 2012 (ECLI:NL:CBB:BV6713).

De door het pensioenfonds in de zienswijze genoemde jurisprudentie leidt niet tot een ander oordeel.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

Naar aanleiding van het door het pensioenfonds gestelde met betrekking tot het Handhavingsbeleid van DNB, merkt DNB op dat uit het Handhavingsbeleid expliciet blijkt dat de daarin opgesomde factoren die bij de inzet van handhavingsinstrumenten van belang zijn, noch limitatief noch imperatief van aard zijn. Anders dan het pensioenfonds kennelijk meent, geeft het Handhavingsbeleid geen "recht" op een normoverdragend gesprek of een waarschuwingsbrief voordat met formele maatregelen wordt opgetreden. De opmerking van het pensioenfonds dat DNB nimmer een formeel informatieverzoek heeft gedaan mist feitelijke grondslag. DNB heeft bij brief van 27 februari 2012 aangegeven dat zij naar aanleiding van de jaarrekening over 2010 behoefte heeft aan *additionele informatie*. *In deze brief is daarom een aantal informatieverzoeken opgenomen. Uw reactie op deze informatieverzoeken dient uiterlijk 19 maart 2012 in bezit te zijn van DNB.*

Het onderscheid dat het pensioenfonds maakt tussen een informatieverzoek en een inlichtingenverzoek kan DNB niet plaatsen; noch de Pw noch de Awb kent een dergelijk onderscheid. Op grond van artikel 168, eerste lid, van de Pw kan DNB ten behoeve van het toezicht op de naleving van de Pw van een ieder inlichtingen vorderen. Ingevolge artikel 168, tweede lid, van de Pw juncto artikel 5:20, eerste lid, van de Awb is degene van wie de inlichtingen worden gevorderd verplicht daaraan medewerking te verlenen. Van deze bevoegdheid heeft DNB met haar brief van 27 februari 2012 gebruik gemaakt.

Het Handhavingsbeleid laat, anders dan het pensioenfonds kennelijk meent, expliciet ruimte voor het naast elkaar opleggen van punitieve en reparatoire sancties. Hiervan wordt door DNB in de praktijk ook regelmatig gebruik gemaakt. Dat dit is toegestaan blijkt overigens ook uit de jurisprudentie, zie bijvoorbeeld CBb 28 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6866 en rechtbank Rotterdam 3 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1666. In laatstgenoemde uitspraak werd onder meer overwogen:

Het betoog van [eiseres] dat er na de aanwijzing geen aanleiding meer bestond voor het opleggen van een bestuurlijke boete, faalt. Uit het 'Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en DNB' van 10 juli 2008 (het Handhavingsbeleid) volgt niet dat DNB geen bestuurlijke boete meer kan opleggen als voldaan is aan een gegeven aanwijzing. Dat [eiseres] zou hebben voldaan aan de aanwijzing van DNB, leidt, mede gelet op de in het Handhavingsbeleid genoemde doelstellingen van generale preventie, niet tot het oordeel dat boeteoplegging geen enkel redelijk (toezichts)doel meer dient. Ook anderszins is het boetebesluit niet in strijd met het Handhavingsbeleid. De omstandigheden die DNB in ogenschouw kan nemen bij het boetebesluit zijn daarin noch limitatief noch imperatief omschreven. Dat [eiseres] betoogt steeds te hebben meegewerkt aan de door de DNB gewenste wijzigingen is evenmin een omstandigheid die voor DNB aanleiding had moeten zijn af te zien van het opleggen van een bestuurlijke boete.

DNB merkt op dat zij in dit geval het opleggen van een punitieve sanctie, naast de reeds opgelegde reparatoire sanctie, passend en geboden acht. Het betreft een ernstige overtreding, waarbij het risico bestaat dat als gevolg daarvan de opgebouwde pensioenaanspraken van de deelnemers in gevaar komen, welk gevaar zich inmiddels heeft gematerialiseerd. Verder beoogt DNB met het in casu opleggen van een bestuurlijke boete ook een generaal preventief effect. Het uitoefenen van dividendarbitrage activiteiten, zoals het pensioenfonds heeft gedaan, levert gevaar op voor aantasting van de reputatie van de pensioensector. Daarbij is van belang dat deze activiteiten uitsluitend

als gevolg van de aanspraak op teruggave of verrekening van dividendbelasting winstgevend waren. Verder is relevant dat voor het terugvragen van dividendbelasting een beroep op de status van pensioenfonds noodzakelijk was. Daarnaast komt gewicht toe aan het feit dat de opbrengst werd gedeeld met partijen die zelf geen aanspraak konden maken op teruggave van dividendbelasting en dat die partijen daarvan zeer substantieel profijt hadden. Terwijl de risico's hiervan voor de deelnemers waren.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

Met betrekking tot de argumentatie van het pensioenfonds dat zij niet kon weten dat zij artikel 116 van de Pw overtrad, omdat DNB vond dat zij geen pensioenfonds was in de zin van artikel 1 van de Pw en derhalve niet onder de Pw viel, merkt DNB het volgende op.

Zoals eerder al aan de orde kwam heeft DNB zich, gelet op de activiteiten van het pensioenfonds, die voornamelijk uit dividendarbitrage activiteiten bestonden, hetgeen niet binnen de Pw past, aanvankelijk op het standpunt gesteld dat het pensioenfonds geen pensioenfonds in de zin van artikel 1 van de Pw was en besloten het pensioenfonds daarom uit te schrijven uit het register van pensioenfondsen. Na kennisneming van het oordeel van de Voorzieningenrechter dat het pensioenfonds wel een pensioenfonds is in de zin van de Pw, heeft DNB zich beraden en, met inachtneming van deze uitspraak, waaruit ook volgt dat DNB door middel van de haar in de Pw ter beschikking staande handhavingsinstrumenten zou moeten kunnen bereiken dat het pensioenfonds zou stoppen met de dividendarbitrage activiteiten, uiteindelijk besloten het besluit van 18 februari 2013 in te trekken en vervolgens middels in de Pw opgenomen handhavingsinstrumenten, waaronder een aanwijzing, naleving van de bepalingen van de Pw, waaronder artikel 116, af te dwingen. Mede gelet op de aan het besluit van 18 februari 2013 ten grondslag gelegde motivering, is het in ieder geval vanaf medio oktober 2012 (voornemen tot uitschrijving) duidelijk geweest dat het handhavend optreden van DNB tot doel had de niet in de uitoefening van het pensioenbedrijf passende nevenactiviteiten te doen eindigen.

Het aanvankelijke oordeel van DNB, dat het pensioenfonds, vanwege haar activiteiten, niet als pensioenfonds in de zin van artikel 1 van de Pw kwalificeerde, werd, als gezegd niet door de Voorzieningenrechter – en ook niet door het pensioenfonds zelf – gedeeld. Dit doet echter geenszins af aan het feit dat de dividendarbitrage activiteiten van het pensioenfonds geen activiteiten zijn die passen binnen het pensioenbedrijf. De bezwaren van DNB, die erop neer kwamen dat het pensioenfonds zich voornamelijk met andere activiteiten bezig hield dan het beleggen en beheren van het pensioenvermogen (namelijk dividendarbitrage activiteiten) bleven onverkort van kracht. Dat dat binnen de context van de Pw leidt tot overtreding van artikel 116 van de Pw is evident. Het betoog van het pensioenfonds dat zij niet kon weten dat zij artikel 116 van de Pw overtrad, omdat DNB van mening was dat zij niet onder de Pw viel en dit artikel dus niet kon overtreden gaat derhalve niet op. Er kan in alle redelijkheid geen misverstand over bestaan dat wanneer de niet bij een pensioenfonds passende activiteiten niet kunnen leiden tot het oordeel dat geen sprake is van een pensioenfonds, deze activiteiten in ieder geval kwalificeren als nevenactiviteiten en dat mitsdien artikel 116 van de Pw wordt overtreden.

Dat DNB het besluit van 18 februari 2013 heeft ingetrokken, maakt, mede gelet op de uitspraak van de Voorzieningenrechter, niet dat DNB niet op een andere grondslag alsnog tegen de gewraakte activiteiten kan optreden en evenmin dat zij op die andere grondslag geen bestuurlijke boete kan opleggen. Voornoemd betoog van het pensioenfonds kan evenmin tot het oordeel leiden

dat de overtreding heeft voortgeduurd door onrechtmatig handelen van DNB, zoals het pensioenfonds heeft gesteld.

Datum
27 januari 2017

17. Het pensioenfonds heeft verder aangevoerd dat het opleggen van een bestuurlijke boete in strijd is met het specialiteitsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Kenmerk
[REDACTED]

Naar aanleiding hiervan merkt DNB het volgende op.

Het specialiteitsbeginsel is neergelegd in artikel 3:4, eerste lid, van de Awb: *Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.*

Het evenredigheidsbeginsel is neergelegd in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb: *De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.*

DNB verwijst voor wat betreft de belangenafweging in casu naar randnummers 8 en 9, waar haar overwegingen inzake de belangenafweging zijn opgenomen. In aanvulling daarop merkt DNB op dat, zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, de doelstelling van artikel 116 van de Pw is *te bewerkstelligen dat activiteiten van pensioenfondsen in overeenstemming blijven met hun specifieke taakopdracht en hun wettelijk geregelde bijzondere positie en om te vermijden dat de belangen van deelnemers en van marktpartijen worden geschaad (bijvoorbeeld doordat taakvreemde activiteiten tot financiële risico's leiden of tot marktverstoring vanwege een oneigenlijk concurrentievoordeel van pensioenfondsen ten opzichte van commerciële aanbieders).* Het belang van het pensioenfonds is van financiële aard en betreft de omstandigheid dat zij door het betalen van de bestuurlijke boete in haar vermogen wordt geraakt. Hiermee wordt rekening gehouden door de hoogte van de bestuurlijke boete onder randnummer 25 op grond van de draagkracht van het pensioenfonds te matigen.

Afweging van de door artikelen 116 van de Pw beschermde belangen, waaronder het voorkomen van zowel financiële risico's als marktverstoring door een oneigenlijk concurrentievoordeel, enerzijds en de belangen van het pensioenfonds anderzijds, tegen de achtergrond van het handhavingsbeleid van DNB, leidt DNB tot de slotsom dat handhavend optreden jegens het pensioenfonds middels een bestuurlijke boete niet onevenredig is. Niettegenstaande het feit dat het pensioenfonds de geconstateerde overtreding heeft gestaakt, komt DNB, gezien ook de ernst en duur van de overtreding en de verwijtbaarheid tot de conclusie dat zij in redelijkheid kan besluiten tot de inzet van het handhavingsinstrument van de bestuurlijke boete, zulks mede gelet op het bestraffende karakter daarvan.

Het zorgvuldigheidsbeginsel is neergelegd in artikel 3:2 van de Awb: *Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.*

DNB verwijst naar randnummer 3, waar de aan dit besluit ten grondslag liggende feiten zijn weergegeven en naar randnummer 9 met betrekking tot de belangenafweging. Voor wat betreft het betoog van het pensioenfonds dat DNB onvoldoende onderzoek zou hebben gedaan naar de beleggingsactiviteiten, verwijst DNB naar randnummer 13 waar reeds op dit betoog is ingegaan.

18. Voorts heeft het pensioenfonds betoogd dat haar standpunt dat de activiteiten zijn toegestaan een pleitbaar standpunt is, zodat haar geen verwijt valt te maken met betrekking tot de overtreding, waardoor er geen ruimte is voor het

opleggen van een bestuurlijke boete.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

DNB merkt naar aanleiding hiervan het volgende op. Het leerstuk van het "pleitbaar standpunt" is afkomstig uit het fiscale recht en ziet op *een opvatting over de kwalificatie van de feiten of de toepassing van het recht op de feiten die in redelijkheid verdedigbaar is*. Anders dan in het door de Voorzieningenrechter te Rotterdam in de door het pensioenfonds aangehaalde uitspraak van 27 oktober 2010⁶ beoordeelde geval, is daarvan in het onderhavige geval geen sprake. Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, had het pensioenfonds, gelet op de wetsgeschiedenis van de Pw, duidelijk moeten zijn dat het verrichten van dividendarbitrage activiteiten zou kwalificeren als het verrichten van nevenactiviteiten, hetgeen op grond van artikel 116 van de Pw niet is toegestaan. De opvatting van het pensioenfonds was derhalve niet in redelijkheid verdedigbaar. Daarom is er geen sprake van een pleitbaar standpunt dat in de weg zou staan aan de bevoegdheid van DNB om een bestuurlijke boete op te leggen.

19. Nog meer subsidiair stelt het pensioenfonds zich, kort en zakelijk weergegeven, op het standpunt dat, als DNB de norm van artikel 116 van de Pw op deze manier wenst in te vullen, de boete moet worden gematigd tot nihil. Daartoe beroept het pensioenfonds zich, kort samengevat, op de boeteverlagende en boeteverhogende omstandigheden zoals die genoemd worden in de memorie van toelichting bij de Boetewet en voert het pensioenfonds aan dat er geen genoten voordeel is.

DNB kan de verwijzing naar "in de memorie van toelichting bij de Boetewet" genoemde boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden die het pensioenfonds noemt, niet volgen. In de memorie van toelichting bij de Wet wijziging boetestelsel⁷ is in dit verband enkel genoemd: *Voor overtredingen van beboetbare normen van de tweede of derde categorie dient, naast draagkracht, rekening te worden gehouden met boeteverhogende en boeteverlagende factoren zoals de mate van verwijtbaarheid (opzet), ernst en duur van de overtreding en eventuele recidive*. DNB verwijst naar randnummers 9 en 25, waar wordt ingegaan op de ernst en duur van de overtreding, de verwijtbaarheid van de overtreder, de overige omstandigheden van het geval en de draagkracht van het pensioenfonds. De boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden die het pensioenfonds noemt (gepleegde inspanningen om overtreding te voorkomen of aangerichte schade te beperken en opzettelijk (willens en wetens) overtreden van het betreffende wettelijk voorschrift) zijn factoren die – tezamen met een groot aantal andere factoren – kunnen worden meegewogen bij de beoordeling van de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding. Los van de vraag of de door het pensioenfonds genoemde omstandigheden überhaupt aan de orde zijn, geldt dat DNB met inachtneming van alle relevante factoren onder randnummer 25, in samenhang met randnummer 9, tot het oordeel gekomen is dat er in het onderhavige geval geen reden is voor verhoging of verlaging van het basisbedrag.

In de hiervoor onder randnummer 16 genoemde uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 3 maart 2016 is expliciet overwogen dat het feit dat de overtreder *geen voordeel zou hebben gehad uit de overtreding betekent niet dat DNB in redelijkheid niet kon overgaan tot het opleggen van een*

⁶ ECLI:NL:RBROT:2010:BO2561.

⁷ Kamerstukken II, 2007/08, 31458, nr. 3

bestuurlijke boete. De vraag of er door het pensioenfonds wel of niet voordeel is genoten is derhalve niet relevant voor de vraag of DNB een bestuurlijke boete kan opleggen. Of er in casu door het pensioenfonds voordeel is genoten kan derhalve in het midden blijven.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

20. Het pensioenfonds stelt zich voorts, kort en zakelijk weergegeven, op het standpunt dat er geen sprake is van verwijtbaarheid, zodat geen bestuurlijke boete aan haar kan worden opgelegd.

Met betrekking tot de verwijtbaarheid van het pensioenfonds verwijst DNB in de eerste plaats naar randnummer 9 hiervoor, waarin zij reeds is ingegaan op de verwijtbaarheid van het pensioenfonds. Hetgeen het pensioenfonds heeft aangevoerd kan daaraan niet afdoen. DNB merkt in dit verband nog op dat volgens vaste jurisprudentie⁸ niet is vereist dat wordt aangetoond dat sprake is van opzet. DNB mag verwijtbaarheid veronderstellen als het daderschap vaststaat. Het daderschap van het pensioenfonds staat ingevolge de uitspraak van de hoogste bestuursrechter, het CBb, van 15 november 2016 vast, zodat de verwijtbaarheid een gegeven is. De stelling van het pensioenfonds dat zij niet kon weten dat artikel 116 van de Pw werd overtreden, omdat DNB aanvankelijk meende dat het pensioenfonds geen pensioenfonds was in de zin van de Pw, gaat, zoals hiervoor onder randnummer 16 gemotiveerd is uiteengezet, niet op. Ook die stelling kan derhalve niet leiden tot het oordeel geen sprake was van verwijtbaarheid bij het pensioenfonds.

21. Tot slot betoogt het pensioenfonds dat een besluit tot het aan haar opleggen van een bestuurlijke boete niet dient te worden gepubliceerd. Daartoe heeft zij, kort en zakelijk weergegeven, het volgende aangevoerd. Het pensioenfonds heeft alle pensioendeelnemers mondeling en schriftelijk volledig geïnformeerd, zodat het doel van de publicatie geheel komt te ontvallen en er niet gepubliceerd dient te worden, althans dient publicatie uitgesteld te worden tot na beslissing in beroep. DNB heeft er destijds bij de aanwijzing voor gekozen om niet te publiceren; er is nu – nadat de aanwijzing is opgevolgd – geen belang/noodzaak voor publicatie. De uitkomst van de overwegingen van DNB met betrekking tot gebruikmaking van de publicatiebevoegdheid kan niet anders zijn dan destijds bij de aanwijzing, nu het hier gaat om precies dezelfde feiten en omstandigheden. De aanwijzing is destijds bovendien volledig opgevolgd. Verder zou publicatie de belangen van het pensioenfonds onevenredig hard raken. Er is geen kans op herhaling of een andere noodzaak die publicatie na drie jaar rechtvaardigt, althans om niet de onherroepelijkheid van het besluit af te wachten. Ten aanzien van de deelnemers – en werknemers van GSFS AM – heeft de publicatie nadelige gevolgen gezien de naam van het fonds, die deels de naam van de werkgever draagt. Er is reeds kenbaar gemaakt dat het pensioenfonds wil overgaan tot liquidatie en het pensioenfonds zal in financiële problemen komen als de procedure bij de Hoge Raad verloren wordt. In dat licht dient publicatie geen enkel te respecteren doel. Publicatie zou [redacted] onevenredig en onnodig schaden [redacted] publicatie leidt voorzienbaar tot onherstelbare reputatieschade. Er is geen signaalfunctie van publicatie, omdat er geen andere pensioenfonds zijn zoals dit pensioenfonds. Er is geen enkele noodzaak om het publiek te waarschuwen, ook niet omdat GSFS AM de activiteiten helemaal niet meer verricht.

⁸ CBb 29 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:395, 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312 en 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54.

DNB merkt op dat het voornemen tot openbaarmaking van de bestuurlijke boete door twee redenen was ingegeven, namelijk het informeren van pensioen- en aanspraakgerechtigden over de geconstateerde overtreding en de boete oplegging, alsmede de preventieve werking van de openbaarmaking. In de eerste plaats hecht DNB er belang aan dat de pensioen- en aanspraakgerechtigden volledig en juist worden geïnformeerd. Verder blijkt uit de wetsgeschiedenis van artikel 188 van de Pw dat de wetgever waarde aan genoemde preventieve werking hecht. Ook uit de jurisprudentie blijkt dat waarde wordt gehecht aan de preventieve werking die van openbaarmaking uitgaat⁹. DNB ziet in het licht van het voorgaande geen reden om af te zien van openbaarmaking. Voor wat betreft de volledige (niet-geanonimiseerde) openbaarmaking merkt DNB het volgende op. De preventieve werking die van een dergelijke openbaarmaking uitgaat is uiteindelijk in het belang van *alle* pensioen- en aanspraakgerechtigden van alle pensioenfondsen en daarmee geheel in lijn met de strekking van artikel 188 van de Pw. Ook uit de rechtspraak blijkt dat waarde wordt gehecht aan de preventieve werking die van een volledige openbaarmaking uitgaat. Volledige openbaarmaking voorkomt dat naar aanleiding van een geanonimiseerde openbaarmaking onrust kan ontstaan, omdat onduidelijk is bij welke pensioenuitvoerder DNB overtredingen heeft geconstateerd. Ook dat is een omstandigheid die DNB in haar besluitvorming mag betrekken. DNB ziet daarom geen aanleiding om het besluit tot boeteoplegging in het onderhavige geval geanonimiseerd te publiceren.

De omstandigheid dat DNB destijds bij het opleggen van de aanwijzing aan het pensioenfonds heeft besloten de aanwijzing niet te publiceren doet aan het vorenstaande niet af. DNB kan de stelling van het pensioenfonds dat van publicatie in het onderhavige geval geen signaalfunctie uitgaat niet volgen, aangezien juist door een publicatie zoals hiervoor vermeld andere pensioenfondsen het signaal krijgen dat activiteiten zoals door het pensioenfonds, samen met haar vermogensbeheerder, uitgevoerd niet zijn toegestaan en dat DNB daartegen handhavend optreedt. Er is derhalve wel sprake van een waarschuwend effect richting de sector van pensioenfondsen. Dat de activiteiten zijn gestaakt doet hier niet aan af.

Dat de publicatie nadelige gevolgen zou hebben gelet op de naam van het fonds, waarin de naam van de werkgever voorkomt, kan eveneens niet tot een ander oordeel leiden. Als gevolg van het feit dat in de op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken van het CBb van 15 november 2016 en van de rechtbank en het Hof te Amsterdam in de civiele procedure de namen van het pensioenfonds en GSFS AM zijn opgenomen en daarover al de nodige publiciteit is geweest, kan er geen sprake van zijn dat als gevolg van de openbaarmaking van het boetebesluit reputatieschade ontstaat. Schade is ook niet aannemelijk, omdat de deelnemers het pensioenfonds juist steunen, hetgeen blijkt uit hun pogingen zich als partij in de diverse juridische procedures te voegen, en de overtreding bovendien in de markt bekend is, evenals het oordeel van DNB daarover. Met betrekking tot [REDACTED] geldt dat DNB van de aan hen op te leggen bestuurlijke boetes uitsluitend melding zal maken via het persbericht en het twitterbericht, zoals in de onderhavige beschikking vermeld. Verder zullen de passages in de onderhavige beschikking, waaruit de identiteit van betrokkenen kan worden herleid, alvorens tot openbaarmaking over te gaan, onleesbaar worden gemaakt. DNB is van oordeel dat zij hiermee naar behoren met de belangen van [REDACTED] rekening heeft gehouden.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

⁹ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 29 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3239.

22. De door het pensioenfonds gegeven zienswijze brengt DNB niet tot een ander oordeel. DNB blijft van mening dat de overtreding terecht is vastgesteld en dat het daarvoor opleggen van een bestuurlijke boete noodzakelijk en gerechtvaardigd is. Bij de hierboven beschreven ernstige overtreding, die DNB verwijtbaar acht, zijn geen belangen betrokken die DNB ertoe bewegen af te zien van het opleggen van een bestuurlijke boete.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

Bestuurlijke boete

23. Op grond van artikel 176, eerste lid van de Pw is DNB bevoegd om een bestuurlijke boete op te leggen terzake van overtreding van artikel 116 van de Pw.
24. In artikel 179 van de Pw en in het Besluit uitvoering Pw en Wvb is uitgewerkt hoe de hoogte van een bestuurlijke boete moet worden berekend. De overtreding van 116 van de Pw is beboetbaar met een boete uit categorie 2. Voor boetecategorie 2 geldt een basisbedrag van EUR 500.000,- met een maximumbedrag van EUR 1.000.000,- en een minimumbedrag van EUR 0,-. DNB kan het bedrag van de bestuurlijke boete vaststellen binnen deze minimum en maximum grenzen en moet daarbij rekening houden met de ernst en duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder. Bij herhaalde boeteoplegging voor eenzelfde overtreding binnen vijf jaar wordt het basisbedrag van de bestuurlijke boete verdubbeld. De hoogte van de bestuurlijke boete kan worden vastgesteld op ten hoogste twee keer het bedrag van het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen indien diens voordeel groter is dan EUR 2.000.000,-. Ongeacht de boetecategorie dient DNB op grond van artikel 50 van het Besluit uitvoering Pw en Wvb, na het vaststellen van de hoogte van het boetebedrag, rekening te houden met de financiële draagkracht van de overtreder. Bij onvoldoende draagkracht kan een boete worden verlaagd met maximaal 100 procent. Op grond van artikel 51 van het Besluit uitvoering Pw en Wvb dient DNB bij het vaststellen van een bestuurlijke boete voor pensioenuitvoerders rekening te houden met schade voor derden en kan zij de op te leggen bestuurlijke boete, na inachtneming van de artikelen 48, 49 en 50, verlagen met maximaal 75 procent.
25. In zijn algemeenheid moet worden aangenomen dat de door de wetgever voor boetecategorie 2 vastgestelde basisbedrag van EUR 500.000,- evenredig is aan de ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding. Zoals hiervoor reeds is overwogen, is DNB van mening dat sprake is van een ernstige en verwijtbare overtreding die in ieder geval van 30 april 2010 tot en met 31 december 2013 heeft plaatsgevonden. DNB ziet geen aanleiding om het basisbedrag op basis van de ernst en duur van de overtreding dan wel de mate van verwijtbaarheid naar beneden of naar boven bij te stellen. Om, gelet op de omvang van het pensioenfonds in verhouding tot de overige onder toezicht van DNB staande pensioenfonds en de overige omstandigheden van het geval, tot een evenredige bestuurlijke boete te komen wordt de boete gematigd tot EUR 50.000,-. Hierbij heeft DNB in aanmerking genomen dat van de hoogte van de opgelegde bestuurlijke boete een punitieve werking dient uit te gaan. Het pensioenfonds heeft het bij de kennisgeving van het voornemen tot het opleggen van de onderhavige bestuurlijke boete gevoegde draagkrachtformulier niet ingevuld, noch anderszins een beroep gedaan op beperkte draagkracht. Gelet op het bepaalde in artikel 51 Besluit uitvoering Pw

en Wvb en op de bij DNB uit hoofde van het prudentiële toezicht op het pensioenfonds bekende informatie ziet DNB echter aanleiding om de bestuurlijke boete verder te matigen tot EUR 10.000,-, zijnde het minimumbedrag dat DNB hanteert voor het opleggen van bestuurlijke boetes aan rechtspersonen.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

26. Betaling van de bestuurlijke boete dient te geschieden binnen de in artikel 4:87, eerste lid, van de Awb voorgeschreven termijn van zes weken na de inwerkingtreding van dit besluit. De betaling dient te worden gedaan op rekeningnummer [REDACTED] ten name van De Nederlandsche Bank NV, Westeinde 1 te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer: [REDACTED]. Hierbij wordt opgemerkt dat de bestuurlijke boete wordt vermeerderd met de wettelijke rente (momenteel 2%), welke wordt gerekend vanaf de dag waarop sedert de bekendmaking van het boetebesluit zes weken zijn verstreken.

Openbaarmaking

27. In artikel 188, aanhef en eerste lid, onder c, van de Pw is bepaald dat DNB met het oog op de bescherming van de belangen van de pensioen- of aanspraakgerechtigden ter openbare kennis kan brengen, indien nodig onder vermelding van de overwegingen die tot die kennisgeving hebben geleid, het feit ter zake waarvan een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete is opgelegd, het overtreden voorschrift, het feit dat de last onder dwangsom of de bestuurlijke boete is opgelegd, alsmede de naam, het adres en de vestigingsplaats van de overtreder aan wie de last onder dwangsom of de bestuurlijke boete is opgelegd.
28. Ingevolge artikel 190, eerste lid, van de Pw geschiedt het ter openbare kennis brengen niet eerder dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de bekendmaking aan de betrokkene van de beschikking, bedoeld in artikel 189 van de Pw. De publicatie wordt opgeschort als er om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Awb wordt verzocht. Publicatie zal dan in ieder geval worden opgeschort, totdat er door de voorzieningenrechter een uitspraak is gedaan.
- DNB acht de publicatie van de door het pensioenfonds gepleegde overtreding van artikel 116 van de Pw - inhoudende dat een pensioenfonds slechts activiteiten in verband met pensioen verricht en werkzaamheden die daarmee verband houden - en de daarvoor door DNB opgelegde bestuurlijke boete noodzakelijk en van belang, gelet op het volgende.

Het verrichten van andere activiteiten dan activiteiten in verband met pensioen en werkzaamheden die daarmee verband houden betreft een ernstige overtreding. Als gevolg van deze overtreding zijn de belangen van deelnemers en van marktpartijen geschaad, doordat de taakvreemde activiteiten tot financiële risico's leiden en tot marktverstoring vanwege een oneigenlijk concurrentievoordeel van het pensioenfonds ten opzichte van commerciële marktpartijen, die geen rechte hebben op teruggave van dividendbelasting. DNB acht het van belang dat zij haar toezichtmaatregelen kan publiceren met het oog op de preventieve werking die daar vanuit gaat. Zo kan DNB pensioen- en aanspraakgerechtigden evenals pensioenuitvoerders duidelijk maken dat scherp toezicht wordt gehouden op de uitvoering van pensioenovereenkomsten en de door pensioenfondsen uitgeoefende activiteiten. Daarnaast kan DNB door middel van het publiceren van toezichtmaatregelen pensioenuitvoerders en pensioen- en aanspraakgerechtigden inzicht geven in de toezichtpraktijk

van DNB en wordt hen duidelijk gemaakt dat de toezichthouder optreedt indien bepaalde regels niet worden nageleefd. DNB verwijst verder naar hetgeen hiervoor onder randnummer 21 met betrekking tot de openbaarmaking is overwogen.

Datum

27 januari 2017

Kenmerk

29. Het besluit wordt op de website van DNB gepubliceerd nadat minimaal vijf werkdagen zijn verstreken na de bekendmaking van de beschikking. Op de website wordt het besluit vermeld, samen met een kort persbericht dat in bijlage 1 is opgenomen. Eventuele vertrouwelijke gegevens die in het besluit zijn opgenomen, zullen achterwege worden gelaten, conform de tekst in bijlage 2. Ook zal via Twitter een link naar het persbericht onder de aandacht worden gebracht. DNB zal hierbij de volgende tekst Twitteren: "DNB legt boetes op aan GSFS Pensionfund, GSFS Asset Management en 4 feitelijk leidinggevend[en] [Tinyurl]."

Rechtsmiddelen

Tegen deze beschikking kan door iedere belanghebbende binnen zes weken na de dag van bekendmaking daarvan bezwaar worden gemaakt. U kunt uw bezwaarschrift elektronisch indienen via: www.dnb.nl/bezwaarmaken. U kunt uw bezwaarschrift ook per post indienen bij:

De Nederlandsche Bank NV
Divisie Juridische zaken, afdeling Toezicht en wetgeving
Postbus 98
1000 AB Amsterdam

Schorsende werking

- A. Ingevolge artikel 184 van de Pw wordt met het instellen van bezwaar en beroep de verplichting tot betaling van de opgelegde bestuurlijke boete opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist. Over de periode dat de verplichting om de bestuurlijke boete te betalen is geschorst, moet wel wettelijke rente worden betaald.
- B. Indien de betrokkene verzoekt om een voorlopige voorziening, bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht, wordt de openbaarmaking opgeschort totdat er een uitspraak is van de voorzieningenrechter van de rechtbank.

Amsterdam, 27 januari 2017
De Nederlandsche Bank NV


Directeur

